العرف وأثره في الفقه الإسلامي

بقلم
الأستاذ الدكتور حسنين محمود حسنين*

(*) أستاذ بقسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات. له مؤلفات وبحوث في أصول الفقه.

تمهيـــد:

سبق أن تحدثنا ـ في العدد السابق ـ عن اتجاهات العلماء في تحديد معنى العرف، وعلاقته بالنص الشرعي ونتحدث في هذا العدد عـن حجيته ومجاله ثم نتبع ذلك بالحديث عن علاقته بقواعد الفقه الكلية.

أولاً: حجية العرف

فقهاء الشريعة الإسـلامية على اختلاف مذاهبهـم ومشاربهم متفقون على اعتبار مراعـاته في كثير من الأحكام، وإن تفـاوتوا في الأخذ به، فتـوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم، ومـع اتفاقهم هذا فقد اختلفوا فيما بينهم في حجيته واعتباره دليلاً من أدلة الأحكام على مذهبين:

المذهب الأول:

ويرى أصحـابه أن العرف دليـل من الأدلة، وذهـب إلى هذا القدمـاء من علماء المالكية والأحناف، فهذا هو القرافي في التنقيح: «إن أدلة الأحكام تسعة عشر وعد منها العـوائد»(١)، وإلى هذا الرأي أيضاً مال ابن العـربي في أحكام القرآن حيث ذكر في معرض بيـانه لمقدار النفقة الواجبة بقـول الله تعالى: ﴿**لينفق ذو سعة مـن سعته**﴾(٢).. أن العـرف دليل مـن أدلة الأحكـام، يقول في أحكـام القرآن: «إنه ـ يعنـي الإنفاق ـ ليس له تقدير شرعي وإنما أحـاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام»(٣).

وممن سـار على هذا الاتجاه أبـو عبد الله النسفـي من الحنفيـة يقول في

---

(١) شرح التنقيح : ١٨٩.

(٢) الطلاق : ٧.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي: ٤/١٨٤٢.

المستصفي: «الأصول ثلاثة: الكتاب ويتبعه شرع من قبلنا، والسنة ويتبعها الآثار، والإجماع ويتبعه التعامل، والقياس أصل رابع ويتبعه التحري واستصحاب الحال»(١).

ومن العلماء المحدثين ممن سار في نفس الإتجاه صاحب مرآة المجلة في شرحه للمادة(٣٦) العادة محكمة. إذ يقول: «العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حجة لإثبات حكم شرعي».

المذهب الثاني:

ويرى أصحابه أن العرف ليس بحجة، ومال إلى هذا جمهور الأصوليين من غير الحنفية، وتبعهم بعض الحنفية فلم يذكروه في مباحث الأدلة، وإنما تحدثوا عنه في مباحث التخصيص مؤكدين أنه لا يجوز تخصيص النص بالعرف لأنه ليس حجة، كما تحدثوا عنه في مباحث اللغات، وممن سار على هذا الاتجاه أبو الحسين البصري في المعتمد، والآمدي في الأحكام، وابن الحاجب في مختصر المنتهي(٢).

ومع هذا فإننا نجد الآمدي يشترط في الإجماع موافقة العامي إذ يقول: «ذهب الأكثرون إلى أنه لا اعتبار بموافقة العامي من أهل الملة في انعقاد الإجماع ولا بمخالفته، واعتبره الأقلون وإليه ميل القاضي أبي بكر وهو المختار»(٣).

---

(١) المستصفي للنسفي في الفقه الحنفي، مخطوط بدار الكتب المصرية، ورقة رقم ١٥، نقله الأستاذ الدكتور السيد صالح عوض في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي: ١٥٢. هذا، ونشير إلى أن شرع من قبلنا كما يرد إلينا عن طريق القرآن، فإنه يرد كذلك عن طريق السنة النبوية، كما في قول الرسول ﷺ: «أحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي». رواه البخاري ومسلم والترمذي والدارمي وابن حنبل. المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي: ٥/١١. راجع بحث شرع من قبلنا في مصادر التشريع الإسلامي، للمؤلف: ١٨.

(٢) المعتمد لأبي الحسين البصري: ١/٢٧٩؛ والإحكام في أصول الأحكام للآمدي: ٢/٤٨٦؛ مختصر المنتهي لابن الحاجب: ٢/١٥٢.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي: ١/٣٢٢.

واشتراط العامي يجعل العرف العام والإجماع شيئاً واحداً، وإن شئت قلت أن العـرف العام يعتبر نـوعاً من أنـواع الإجمـاع.

وجدير بالذكر أن أصحاب هذا الاتجاه الرافضين لحجية العرف يعتبرونه ويبنون عليه الأحكام لا على أسـاس أنه حجة، ولكن على أساس أنه قـاعدة من قواعد أصول الفقه، حيث يتحدثون عنـه كما قلنا في مباحث اللغات، وفي مباحث التخصيص. وبـالإضافة إلى هذا يجعلـونه قاعدة مـن قواعد الفقه الكليـة المتفق عليها تحت اسم العادة محكمة ويفرعون عليها جملة من القواعد(١).

ومن أصحاب هـذا الاتجاه من يجعل العرف دليلاً غير مستقـل، بل دليل تابع لغيره، إذ يـردونه إلى النص أو الإجماع أو المصلحة أو الأصـل في الأشياء، وممن مال إلى هذا الاتجاه الدكتور أحمد فهمي أبو سنة في كتابه العرف والعادة في رأي الفقهاء وتبعه كثير من المحدثين(٢).

ونرى أن جميع المصادر طبقاً لهذا المنطق تـابعة للنص من قرآن أو سنة على ما سوف نبينه في موضعه إن شاء الله وذلك عند الحديث عن أدلة المذاهب.

أدلة المذهب الأول :

إستدل أصحـاب المذهب الأول القائلون بحجيـة العرف بأدلة مـن القرآن والسنة والمعقول.

أولاً : الأدلة من القرآن :

استدلوا بآيات من القرآن الكريم منها :

١ ـ قول اللـه تبارك وتعالى : **﴿خذ العفو وأمر بـالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾**(٣). ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة هو: أن الله تعالى أمر نبيه

---

(١) الأشباه والنظـائر للسيوطي : ٨٩ ؛ قواعـد الأحكام للعز بن عبـد السلام : ٢/١١٥، ١٥٨.

(٢) العـرف والعـادة في رأي الفقهـاء: ٣٩؛ أثـر العـرف في التشريـع الإسـلامـي: ١٤٩؛ والاجتهاد فيما لا نص فيه: ١٩٢.

(٣) الأعراف : ١٩٩.

ﷺ أن يأمر الناس باتباع العرف، ولما كان الأمر مفيداً للوجوب إذ لا صارف له، فوجب العمل بالعرف.

وقد استدل الدكتور مصطفى الزرقا بهذه الآية على النحو التالي:

ولا يخفي أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي، وهو الأمر المستحسن المألوف، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو أن العرف وإن لم يكن مراداً به في الآية المعني الاصطلاحي، لكنه قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو ما استحسنوه وألفته عقولهم، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف، فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة»(١) وفي نظرنا أن المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي فهو شامل له.

المناقشة:

اعترض أستاذنا أحمد فهمي أبو سنة في كتابه العرف والعادة(٢) على هذا الإستدلال مستعيناً بما ورد في بعض التفاسير، وحاصل الإعتراض، أن هذه الآية الكريمة لا تدل على حجية العرف إلا إذا كان لفظ العرف الوارد في هذه الآية مفسراً بالمعنى الاصطلاحي للعرف وهو العادات المستقرة في النفوس من جهة العقول، والتي تلقتها الطباع السليمة بالقبول، لكن العرف الوارد في هذه الآية له معنى آخر خلاف المعنى الاصطلاحي، إذ معناه في الآية: كل ما هو من الدين سواء عرف حسنه بالعقل أو لم يعرف إلا من الشرع، بل ذهب بعض المفسرين إلى تخصيص هذا المعنى، فجعل المراد من العرف أخلاق الناس، واستدل على هذا بما رواه الطبري أن النبي ﷺ سأل جبريل عليه السلام عند نزول هذه الآية قائلاً: «ما هذا يا جبريل؟ فقال: الله سبحانه يأمرك أن تعفو عمن ظلمك، وتعطي من حرمك، وتصل من قطعك»(٣)، وذكر بعض المفسرين أن المراد هو المعروف من الإحسان.

---

(١) المدخل الفقهي العام: ١/١٠٩.

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٢٤، ٢٥.

(٣) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري: ٩/١٠٥.

وعلى كل فإن الآية لا تدل على المدعي، لأنـا إن حملنا لفظ العرف في الآية على أي معنى من المعاني المذكورة فإن كلاً منها يغاير المعنى الاصطلاحي، وإن حملناه على المعنى الظاهر فإنه أيضاً يختلف عن المعنى الاصطلاحي.

ونرى أن المعـاني التي ذكـرها صاحـب الاعتراض لا تختلف عـن المعنى الاصطلاحي للعـرف، وإن كانت أخصّ منـه، فالمعنى اللغوي يشملهـا فهو أعمّ منها.

وبيان ذلك أن المعنى العام الذي ذكره هو أن الله تعالى أمر نبيه بأن يأمر الناس بكل ما هو من الدين، سواء عرف حسنه من العقول أو لم يعرف إلا من الشرع، وهذا المعنـى لا يختلف عن المعنى الاصطـلاحي للعرف؛ فإن مـا اعتاده الناس وألفوه أعـم من أن يكون ثابتاً بنص أو إجماع أو هـو مجرد عمل اعتاده الناس، بدليل أن العرف ـ كما سبق أن بيناه ـ ينقسم إلى عرف الشارع وعرف الناس: يقول الشاطبـي في موافقاته: «العوائد المستمرة ضربـان: أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعـي أو ألغاها، ومعنى أن يكون الشارع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كـراهة أو تحريماً، أو أذن فيهـا فعلاً أو تـركاً، والضرب الثاني هو: العوائد الجارية بين الخلق بما ليـس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي»(١) وهذا المعنى الاصطلاحي يتفق تمامـاً والمعنى العام للآية كما ذكره صاحب الاعتراض. وهو نفس المعنى الذي قال عنه إنه: إظهار الدين الحق.

أما المعروف من الإحسان فهو نفس المعنـى الذي أكده حديث رسول الله ﷺ وقد روعي فيـه تناسبه وسبب نـزول هذه الآية، ولم يلتفت فيـه إلى عموم اللفظ، والعبرة بعموم اللفـظ لا بخصوص السبب، ولفظ العـرف الوارد في الآية معرف بالألف واللام فهو يفيد العموم.

ومن الغريب أن بعض الباحثين اعترض على ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا في استدلاله السابق قائلاً: «وفي نظري أن وجهة الدكتور الزرقا مبنيـة على التفـرقـة بين العـرف اللغـوي الإصطـلاحـي، والحق أن العـرف الإصطلاحي فـرد من أفراد العرف اللغـوي»، ثم أضاف «بأن العـرف الوارد في الآية على فرض هذه التفرقة يحتمل أكثر من معنى نقلها عن ابن العربي وهـي:

---

(١) الموافقات: ٢/٢٠٩.

١ ـ المعروف قاله عروة.

٢ ـ قول : لا إله إلا الله.

٣ ـ ما يعرف أنه من الدين.

٤ ـ ما لا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع ثم أضاف بأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال»(١).

ويقول : «إنه لو كان المراد من الآية أعراف الناس وعاداتهم لكان أمراً باعتبار عادات الجاهلية والرسول ﷺ جاء لتغييرها»(٢).

ونرى أن هذه الاحتمالات تصح على فرض صحة التفرقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للعرف، لكن صاحب الاعتراض يرى أن المعنى الاصطلاحي فرد من أفراد المعنى اللغوي وعلى هذا فيكون اللفظ عاماً يشمل جميع أفراده، فيشمل المعاني التي ذكرها كلها وعندئذ لا يقال: إنه يحتملها، ولا يقال: إن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، لأن هذا لا يقال إلا للفظ الذي يحتمل أكثر من معنى، أو لفظ مطلق له أفراد والمستدل يستدل على أحد هذه المعاني أو الأفراد، ولكن لفظ العرف هنا عام ينطبق على جميع أفراده(٣).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الأستاذ الزرقا لم يبن استدلاله على التفرقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، وإنما استأنس بالمعنى اللغوي على المعنى الاصطلاحي، وعدم التفرقة يفيده في استدلاله ولا يضره.

وأما قوله: إن الآية لو أفادت العمل بأعراف الناس لأدى ذلك إلى العمل بأعراف الجاهلية، والرسول ﷺ أتى لتغييرها فنقول: إن الرسول ﷺ إنما جاء لتغيير ما يصطدم بشريعته فقد ثبت أن أجاز كثيراً من أعراف الجاهلية وسبق

---

(١) الاجتهاد فيما لا نص فيه: ٢/ ١٩٩، ٢٠٠، وراجع أحكام القرآن لابن العربي: ٢/ ٨١٢.

(٢) الاجتهاد فيما لا نص فيه: ٢/ ١٩٩، ٢٠٠.

(٣) الفرق بين المطلق والعام، أن العام يشتمل على جميع أفراده شمول استغراقي، أما المطلق فهو يشتمل على أفراده شمولاً بدلياً: أعني أنه يتحقق في أي فرد من الأفراد، أما العام فهو يتحقق في جميع الأفراد دفعة واحدة.

بيان ذلك، ثم إن الشروط الواجب توافرها في العرف تخرج هذه الأعراف الفاسدة.

٢ ــ قول الله تبارك وتعالى : **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾(١).**

لقد بينت هذه الآية أن وجوب النفقة والكسوة على الوالد لأم ولده بسبب الرضاعة، ولكنها أحالت تقدير النفقة والكسوة على ما كان بينهما من شرط إن وجد وإلا اتبع في ذلك العرف؛ إذ المعروف قد يكون محدداً بشرط، وقد يكون غير محدد إلا من جهة ما تعارف عليه الناس(٢).

وإحالة الآية تقدير النفقة على العرف دليل على صحة العمل به، وإلا لما أحالت الآية الكريمة على العمل به.

ولا يقال هنا : إن المعروف في الآية معناه الإحسان بالجميل، إذ النفقة واجبة على الوالد وحق للمرضعة وليست تفضلاً منه وإحساناً.

٣ ـ قول الله تعالى : **﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾(٣).**

وهي كسابقتها قد أحالت على العمل بالمعروف، وفي ذلك دليل على صحة التمسك بما تعارف عليه الناس. فقد أشارت الآية الكريمة إلى أن الأساس الذي يرجع إليه في تقرير الحقوق والواجبات إنما هو العرف الذي تقضي به الفطرة السليمة.

٤ ـ قول الله تعالى : **﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتـٰها﴾(٤).**

ووجه الدلالة هو أن الله تعالى لم يقدر قيمة النفقة، وإنما تركها حسب

---

(١) البقرة : ٢٣٣.

(٢) التفسير الكبير : ٦/ ١٢٠، غرائب ورغائب الفرقان: ٢/ ٣٧٣.

(٣) البقرة : ٢٢٨.

(٤) الطلاق : ٧.

وسع الإنسان وقدرته، وفي ذلك إعمال للعرف، فلينفق حسب ما اعتاد الإنفاق وهو نفس مسلك الآيات السابقة.

٥ ـ قول الله تعالى في كفارة اليمين : **﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾(١).**

وبيانه أن الله تعالى جعل كفارة اليمين إطعام عشرة مساكين من أوسط ما يطعم الإنسان أهله على قدر حاله في إعساره وهذا متروك لما اعتاد عليه. وذهب الجصاص في أحكام القرآن إلى أن الوسط مرتان، لأن أكثر ما اعتاد عليه الإنسان ثلاث مرات وأقله واحدة فيكون الأوسط مرتين(٢) وعلى كل فإن الآية الكريمة تفيد إعمال ما اعتاد عليه الإنسان في إطعام أهله في عدد المرات ونوع الطعام وكذلك الحال بالنسبة للكسوة.

٦ ـ قول الله تبارك وتعالى : **﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾(٣).**

فقد دلت الآية الكريمة على أن الله تعالى قد رفع الحرج والمشقة عن المسلمين. وعدم مراعاة ما تعارف عليه الناس يسبب لهم الضيق والحرج، ولما كانا مرفوعين بنص الآية، فيجب مراعاة أعرافهم حتى لا يقعوا في حرج ومشقة.

هذا ويمكن صياغة هذا الدليل بطريق منطقي هكذا:

عدم مراعاة أعراف الناس يوقعهم في الحرج والمشقة وكل حرج ومشقة مرفوعان فينتج أن عدم مراعاة أعراف الناس باطل وعكسه صحيح.

أما الصغرى فمسلمة، وأما الكبرى فدليلها قول الله تبارك وتعالى: **﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾.**

٧ ـ قول الله تعالى : **﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا﴾(٤).**

---

(١) المائدة : ٨٩.

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ٢/٤٥٨.

(٣) الحج : ٧٨.

(٤) النساء : ١١٥.

ويتبين لنا من هذه الآية أن الله تعالى قد رتب جزاءاً على مشاقة الرسول واتباع غير طريق المؤمنين الذين استحسنوه، فيدل ذلك على أن اتباع طريق المؤمنين واجب، وما اعتادوا عليه فقد استحسنوه واتخذوه طريقاً لهم فاتباعه واجب.

ولا ينافي هذا أن تكون هذه الآية دليلاً على حجية الإجماع؛ فالعرف إذا كان عاماً فقد أجمعت عليه الأمة، وإذا كان خاصاً فقد أجمع عليه أهل المحلة أو المهنة فيكون حجة تجاههم(١).

ثانياً : الأدلة من السنة :

استدل العلماء على حجية العرف بأدلة من السنة المطهرة نذكر منها:

١ ـ ما روي موقوفاً عن ابن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وهذا الأثر اختلف فيه، فقد رواه البعض مرفوعاً من حديث أنس رضي الله عنه يقول العلائي: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه»(٢).

وإذا ثبت أنه قول لابن مسعود، فيكون الإحتجاج به لمن يرى أن قول الصحابي حجة لاحتمال سماع معناه من الرسول ﷺ(٣).

ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ما يراه المسلمون ويعملون به فقد استحسنوه وتعارفوه، وما استحسنوه وتعارفوه، يكون عند الله أمراً مستحسناً، وعلى ذلك فإن الله تعالى يقر المسلمين فيما توصلوا إليه من آراء، شريطة أن يكون ذلك وفق الضوابط العامة للشريعة الإسلامية، لا يخالفون في ذلك نصاً من قرآن أو سنة، ولقد أشارت إلى هذا الشرط كلمة المسلمين الواردة في الأثر؛ لأن من شأن المسلم ألا يخالف ما أمر به الله ورسوله.

---

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي : ١٧٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٩٩؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم: ٣؛ مجمع الزوائد: ١/١٧٨، وراجع شراح الحموي: ١/٧٨، والحديث رواه أحمد في مسنده.

(٣) راجع قول الصحابي في كتابنا مصادر التشريع الإسلامي الأدلة المختلف فيها: ٤٣ وما بعدها.

هذا وقد استدل بهذا الأثر بعض العلماء على حجية الإجماع، ولا يتنافى هذا ـ في نظرنا ـ مع حجية العرف، إذ على المجتهدين أن يلحظوا عرف الناس، فقد يكون العرف هو مستند المجمعين في إجماعهم.

ولا يقال : إن كلمة المسلمين يراد منها صحابة رسول الله ﷺ خاصة؛ وذلك لأنها أعني كلمة «المسلمين» جمع معرف بالألف واللام فتفيد العموم أي عموم المسلمين، فلا تختص بزمن دون آخر(١).

٢ ـ قول الرسول ﷺ لهند زوج أبي سفيان حينما اشتكت إليه بخل زوجها بالنفقة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٢). ومنه يتبين أن المراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية(٣).

فقد أحال الرسول ﷺ تقدير النفقة على العرف، فدل ذلك على اعتباره، إذ لو كان غير جائز لما أحال عليه الرسول ﷺ.

ولا يقال : إن المعروف في هذا الحديث محمول على الجميل والإحسان لأن النفقة حق، ولأنها هي التي تأخذ هذا الحق من تلقاء نفسها.

من هذا يتبين لنا أن الحديث يدل على اعتبار العرف دليلاً فيما جاء من الأحكام مطلقاً لم يفصل.

ثالثاً : الأدلة من المعقول :

أما المعقول فقد استدل على حجية العرف بأدلة منها :

١ ـ الإستقراء وحاصله أن من يتتبع فروع الشريعة الإسلامية يجد أن النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام؛ وذلك كبيع السلم والعرايا والمضاربة وكل ما كان صالحاً للبقاء في ظل التشريع الإسلامي، وألغى ما ليس صالحاً للبقاء كعقود الربا والعقود المشتملة على الغرر.

---

(١) أثر العرف في التشريع : ١٨١؛ والاجتهاد فيما لا نص فيه : ٢/٢٠١.
(٢) رواه الجماعة إلا الترمذي. راجع نيل الأوطار : ٧/١٣١.
(٣) نيل الأوطار : ٧/٨١٣١

ولا فرق بين أن يكون العرف فعلاً أو تركاً. وكان هذا العرف يروي غالباً بصيغة كنا نفعل كذا على عهد رسول الله ﷺ(١).

والأعراف التي أقرها الرسول ﷺ وإن كان التمسك بها على طريق السنة التقريرية إلا أنه من ناحية أخرى فإنها تعتبر دليلاً على جواز العمل بالأعراف التي لا تخالف قواعد الشرع ولا تصطدم بنصوصه.

٢ ـ أنه لولا أن إطراد العادات معلوم لما عرف الدين من أصله فضلاً عن تعرف فروعه، فوجب اعتبارها في الأحكام، وبيان ذلك كما ـ يقول الشاطبي ـ أن الدين لا يعرف إلا عن طريق النبوة ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلا عن طريق المعجزة، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة، فلولا اعتبار العادة لما اعتبر الخارق لها(٢).

٣ ـ استدل الشاطبي(٣) في الموافقات بأن العوائد التجارية لابد وأن تكون ضرورية الاعتبار؛ لأنه لا يستقيم التكليف إلا باعتبارها. وآية ذلك أن العادة قد جرت بأن الزجر سبب الإنكفاف عن المخالفة ولهذا شرعت العقوبات، ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿**ولكم في القصاص حياة**﴾(٤)، وقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا**﴾(٦)، إلى غير ذلك من العقوبات فلو لم تعتبر العادة في هذه الأحكام لما كان لها من فائدة، ولكن الله تعالى قد شرعها؛ فدل ذلك على اعتبار عادة الانكفاف عن المخالفة بالزجر.

ودلت العادة أيضاً على أن البَذْرَ سبب لنبات الزرع، والنكاح سبب للنسل، والتجارة سبب لنماء المال إلى غير ذلك من العادات، ولهذا شرعت الأحكام الخاصة بالمساقاة والمزارعة وإحياء الموات، كما شرعت أحكام النكاح وأحكام التجارة وما أشبه ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها، وهو ما

---

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي : ١٨٤.
(٢) الموافقات : ٢/٢٠٦.
(٣) المرجع السابق : ٢/٢١١، ٢١٢.
(٤) البقرة : ١٧٩.
(٥) النور : ٢.
(٦) المائدة : ٣٨.

اعتـادت عليه البشريـة. فلو لم تكـن هـذه المسببات مقصـودة للشارع لما كـان للتشريع فائدة؛ لكن الله تعالى شرع هذه الأحكام فدل ذلك على اعتبار العوائد في وقوع المسببات عن أسبابها.

٤ ـ استدل الشـاطبي في الموافقات أيضاً بـإجماع العلماء على أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس، وإذا كـان ذلك كذلك فوجب اعتبار عوائدهم، لأن في عـوائدهم ما يحقق مصـالحهم، فإذا كان أصـل التشريع سبب المصالـح فوجـب اعتبار ما يحقـق هذه المصالـح، ولا معنى لاعتبـار العوائد إلا هذا(١).

٥ ـ استدل الشاطبي أيضاً بأن عدم اعتبار العوائد يؤدي إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جـائز أو غير واقع، وبيانه أن التكليف لابد وأن يـراعي قدرة المكلف وعلمه، وإلا لكان تكليفاً بما لا يطاق.

وعدم اعتبار العـوائد فيه تكليف بما لا قدرة للناس، لأنـه ليس من الهين ترك مـا اعتاد عليـه الإنسان، والتكليف بما لا قـدرة فيه للمكلـف تكليف بما لا يطاق(٢).

هذا ما استدل بـه الشاطبي، وقد يرد عليه بأن الشريعـة الإسلامية ألغت كثيراً من عادات الجاهلية، ومع ذلك لم يقل أحد أن ذلك يعد تكليفاً بما لا يطاق.

وجوابه أن ما ألغي من عادات الجاهلية أمور تأباها العقول السليمة كوأد البنات والخمر والميسر وما إلى ذلك من أمـور تتنافى والطباع السليمة، والمقصود بالعوائد ما استقـر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبـاع السليمة بالقبول وما كان هذا شأنه لا يصطدم بشرع الله.

وبعد فهذه هي أدلة أصحاب المذهب الأول الذي يرى اعتبار العرف دليلاً يحتج به في استنباط الأحكام فيما لا نص فيه ولا إجماع.

أدلة المذهب الثاني:

سبق أن بينا أن أصحاب هذا الاتجاه فريقان: الأول ينفي أن العرف دليل

---

(١) الموافقات: ٢/٢١٢.

(٢) المرجع السابق: ٢/٢١٢.

والثاني يجعله دليلاً تابعاً. وإليك أدلة كل فريق.

أولاً: أدلة القائلين بعدم حجيته:

الدليل الأول:

إنه لا يوجد دليل من الأدلة الشرعية تدل على اعتباره، وعلى ذلك فهو ليس بحجة، يقول أستاذنا أبو سنة: «لم تقم من الشرع حجة على اعتباره، وهو لا يكون دليلاً على الأحكام إلا باعتبار الشارع له»(١).

يمكننا أن نناقش هذا من وجهين:

* **الوجه الأول:** أن فقد الدليل لا يدل على عدم حجية العرف، إذ يمكن أن نعارض هذا الدليل بدليل آخر حاصله: أنه لم تقم من الشرع حجة على عدم اعتباره، وعدم الاعتبار حكم لا يثبت إلا بدليل.

* **الوجه الثاني:** أن هناك أدلة كثيرة من القرآن والسنة تدل على اعتباره وقد سبق بيانها عند الحديث عن المذهب الأول. هذا ويلاحظ أن أستاذنا أبو سنة لم يذكر من هذه الأدلة سوى دليل من القرآن وآخر من السنة ووجه إلى الإستدلال بهما كثيراً من الاعتراضات، ليخلص إلى رأيه القائل بأنه لا يوجد دليل يدل على حجية العرف. ونحن نميل إلى الأدلة التي استدل بها أصحاب المذهب الأول لقوتها وعدم معارضتها بأدلة أخرى.

الدليل الثاني:

إن العرف عمل عقلي، والعقل لا ينشيء حكماً، وعليه فلا يعتبر العرف دليلاً.

وبيان ذلك: أن العرف هو ذلك العمل الصادر عن ميل العقل الذي يقلد الناس فيه بعضهم بعضاً حتى يستقر في نفوسهم وتقبله طباعهم فمصدره العقل ومظهره العمل (٢)، فنخلص من هذا إلى أن العرف عمل عقلي.

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣٠.

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٢٩.

وأما أن العقل لا ينشىء حكماً فلإجماع أهل السنة من الحنفية والأشاعرة الذين بنوا إجماعهم على أن العقل لـو أدرك حكم الله استقلالاً، لأدى ذلك إلى أن يثاب الإنســان إذا أطاع ويعـاقب إذا عصى ولـو لم يشرع الله ديناً ولم يبعث رسولاً، والله تعالى يقول: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾(١)،ويقول: ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾(٢).

المناقشة:

لقد بني أستـاذنا دليله هذا على قاعـدة التحسين والتقبيح العقليين ونحن معه في أن هذه القاعدة باطلة فما يبنى عليهـا يكون باطلاً، ولكن لا نسلم له أن العرف عمل عقلي مجرد، لأنه محاط بضوابط من الشرع إذ يشترط في العرف ألا يصطدم بنص من نصوص الشريعة أو قاعدة من قواعدها العامة المستنبطة من هذه النصـوص. وعلى هذا لا يعتبر العـرف عملاً عقليـاً مجرداً، وإذا كان ذلـك كذلك فلا تنطبق عليه قاعدة التحسين والتقبيح العقليين.

ويؤيد هذا أن المصلحة المرسلة عمل عقلي ألا ترى أن ابن الحاجب يعرف المناسب المرسل بقـوله: «وصف ظاهر منضبط يحصل عقلاً مـن ترتيب الحكم عليه جلب منفعة أو دفع مضرة»(٣) فثبـت من هذا أن المصلحة عمل عقلي، وإذا ثبت هذا وجب إبطالها بناءً على دليل أستاذنا الدكتور أبو سنة لكنه من القائلين بحجيـة العمل بها فـوجـب أن يكون شـأن العرف شـأن المصلحـة من حيـث الاعتبـار. والدليـل على أنه مـن القائلين بـالعمـل بالمصلحـة أنه رد العـرف إلى المصلحة على مـا سوف يتبين لنا من الـدليل الرابـع إن شاء الله. ثم إن الـدليل العقلي مؤيد بدليل من الشرع كما سبق وأن بيناه.

الدليل الثالث:

إن العرف لا يمكـن أن يكون دليـلاً على الخير المحض، ولا على المصـالح التي تبنى عليهـا الأحكام، فمن الأعراف مـا هو ضار كوأد البنـات، والجمع بين

---

(١) الإسراء: ١٥.

(٢) النساء: ١٦٥.

(٣) مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب: ٢/ ٢٣٩.

المرأة وعمتها، وما إلى ذلك من أعراف فاسـدة ألغاها الشارع الحكيم الأمر الذي يدل على أن العرف لا يمكن أن يجعل مقياسـاً للخير وبالتالي فهو لا يعتبر دليلاً تبني عليه الأحكام ما لم يؤيده أصل من أصـول الفقه(١) فإذا تأيد بأصل فلا يعتبر دليلاً مستقلاً الأمر الذي سوف نبينه في الأدلة التالية:

المناقشة:

يمكن أن نناقش هذا الدليل بـأنا نسلم أن العرف ليس مقياساً للخير، ولا يمكن أيضاً أن يكون مقياساً للشر فمن الأعراف ما هو فاسد ضار ومنه ما هو صحيح نـافع ومـن أجل هذا وضـع العلماء شروطهم في العـرف ولم يقبلوا أي عـرف كان، وإنما قبلـوا منه مـا تحقق فيـه الشروط وأنكـروا ما خـالف هـذه الشروط.

هذا من ناحية ومن ناحية أخـرى نقول إن المقصود بالعرف هنا ما تقبله الطبـاع السليمة التـي فطـر الله النـاس عليها فـوأد البنـات وغيره من عـادات الجاهلية لا تقبله الطباع السليمة.

أدلة القائلين بأنه دليل تابع:

استدل أستاذنـا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة بـأن العرف يمكن رده إلى الأدلة الشرعيـة الصحيحة: السنـة والإجماع والمصلحة والأصـل في الأشياء ورد العرف إلى أحد هذه الأدلة لا يجعله دليلاً مستقلاً، بل هو دليل تابع(٢).

أما كونه راجعـاً إلى السنة، فالمراد هنا السنة التقريريـة وهي سكوته ﷺ عند علمـه بأمر ليـس معتقداً لكافر حيـث يدل على الجواز، والعرف الـذي كان غالباً في عهده ﷺ من هذا القبيل، وهذا العرف السني يروي غالباً بصيغة: «كنا نفعل كذا في عهده ﷺ»(٣).

وأما كـونه راجعاً إلى الإجماع فبيانـه: أن الأحكام التي بنيـت على العرف

---

(١) العرف والعادة: ٣١، ٣٢.

(٢) العرف والعادة: ٣٢ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق: ٤٠.

كجواز بيــع أراضي مكة، وجواز الشرط الــذي لا يقتضيه العقد في البيــع، وجواز وقـف المنقول والاستصنــاع، وجـواز دخول الحمام والاكتفـاء في النفقـة بأكـل الزوجات عند الشافعية مردود كل ذلك إلى الإجماع العملي من المجتهدين.

وكذلك الاستدلال من مالك بعمـل أهل المدينة راجع إلى الاستدلال بإجماع المدينة، والعرف الذي استدل به على استثناء ذوات الأقدار من حكم الإجبار على الإرضاع مردود إلى الإجماع المبني على المصلحة(١).

وكذلك التعامل الواقـع في عصر التقليد فيرد إلى الإجماع؛ ذلك لأنا لا نقطع بخلـو العصر عن المجتهـدين، لا سيما على القـول الصحيـح بتجزىء الاجتهـاد وجوازه ولو في مسألة واحدة.

وكذلك التعامل الواقـع في عصر التقليد فيرد إلى الإجماع؛ ذلك لأنا لا نقطع بخلـو العصر عن المجتهـدين، لا سيما على القـول الصحيـح بتجزىء الاجتهـاد وجوازه ولو في مسألة واحدة.

وأما كونه راجعـاً إلى المصلحة المرسلة فبيانه أن نزع النـاس عن عاداتهم فيه حـرج عظيم، فـوجب إعمالـه، ومعنى هـذا أن وجوب إعمال العـرف معلل بالمصلحة وهي هنا رفع الحرج والمشقة.

وأما كونه راجعاً إلى أصل المنافع والمضار المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿هو الـذي خلـق لكم مـا في الأرض جميعـاً﴾(٢)، وقـــولـــه ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»(٣)، فإنه يمكن العمل بهذا الأصل في أكثر الأعراف الجارية في المعاملات، والعادات الاجتماعية والتقاليد السياسية التي تجلبها حضارة جديدة، أو يتوارثها جيل عن جيل من غير أن يؤيدها أو ينفيها دليل خاص(٤).

ومن هذا يتبين أن الأمـر الذي يتعارف عليه الناس، ويكـون فيه مصلحة

---

(١) المرجع السابق : ٣٣.

(٢) البقرة : ٢٩.

(٣) رواه ابن مـاجة وأحمد بن حنبـل ومالك في الموطـأ. المعجم المفهرس لألفـاظ الحديث ٣/٤٩٧. البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف ٢/ ٢٩٠.

(٤) العرف والعادة ٣٩.

لهم يرد إلى أصل الإباحة، وما يكون فيه ضرر يرد إلى أصل الحظر.

ويخلص أستاذنا الدكتور أبو سنة من هذا إلى أن العرف يختلف بحسب الأصل الذي يرجع إليه، وما هو قاعدة فقهية ثابتة بالدليل تستخرج منها أحكام الأعراف المختلفة على مر الزمان واختلاف المكان، فإن رجع إلى أصل متفق عليه كان عرفاً معتبراً عند الجميع، وإن رجع إلى أصل مختلف فيه كالمصلحة وعمل أهل المدينة يكون موضع خلاف العلماء، وبمعنى آخر فإن قوة العرف مستمدة من المصدر الذي يرجع إليه. ويكون دليل اعتباره هو دليل اعتبار مصدره الذي رجع إليه(١).

المناقشة:

يرد على هذا الدليل اعتراضات من وجوه:

* **الوجه الأول**: إن الأعراف التي ذكر المستدل أنها ترجع إلى النص لا يخلو حالها من أحد أمرين:

١ - أعراف كانت موجودة زمن التنزيل، واعتبرها الشارع أو عدل فيها لتلائم التشريع الإسلامي، وذلك عن طريق القرآن أو السنة.

٢ - أعراف كانت موجودة أيضاً، إلا أن الشارع ألغاها بنص صريح أو ببناء الحكم على خلافها.

ولا شك أن هذين النوعين يرجعان إلى النص سواء في العمل أو الإلغاء. ولكن هناك من الأعراف المستجدة ما لم يأت بخصوصها نص يعتبرها أو يلغيها، فهي مرسلة، وهذه من وجهة نظرنا لا يخلو حالها من أمرين:

١ - إما أن تصطدم والقواعد العامة والمبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية، فتلحق بالملغاة، بل إن الفطرة السليمة تأباها والطباع السليمة تنكرها، فإذا كانت هناك تربية إسلامية صحيحة لا تنشأ مثل هذه الأعراف أصلاً. وذلك كألعاب العنف من مصارعة وملاكمة.

٢ - وإما ألا تصطدم بالقواعد العامة للشريعة، فلا تخالف نصاً فتلحق

---

(١) المرجع السابق ٣٩، ٤٠.

بالمعتبرة، ولا معنى لحجية العرف إلا هذا والقائلون بحجية العرف إنما يضعون شروطاً للعمل به تحقق عدم مخالفتها للنصوص.

* **الوجه الثاني :** إن المستدل يرى أن العرف الذي لا يرجع إلى النص يمكن أن يرجع إلى الإجماع كالاستصناع ودخول الحمام عند الجمهور أو إلى إجماع أهل المدينة كما في إجبار الفقيرة على إرضاع ولدها دون ذوات الأقدار.

ولكن ألا يرى أستاذنا الفاضل أن الإجماع وإن كان حجة يجب العمل به إلا أن المجمعين لابد وأن يكون لهم مستند من قرآن أو سنة أو القياس عليهما أو غير ذلك من الأدلة، فهل يعتبر الإجماع دليلاً غير مستقل بالقياس على العرف الذي يعتمد على دليل من قرآن أو سنة أو إجماع، إن منهج أستاذنا الفاضل يقتضي ذلك، ومع ذلك يستدل بالإجماع ولا يبحث عن المستند.

والدليل على ما قلناه أن المسائل التي ذكر أنها مجمع عليها تعتمد على السنة التقريرية كالاستصناع ودخول الحمام وغير ذلك من الأعراف التي كانت موجودة زمن الرسول ﷺ وامتدت بعده فاعتبر ذلك إجماعاً مستنده النص. فلماذا لا نرجع إلى النص مباشرة؟! بل إن عدم إجبار ذوات الأقدار في إرضاع أولادهن عند المالكية كان بناء على عرف استمر عند العرب قبل الإسلام وزمن الرسول ﷺ(١).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لا فارق بين الإجماع العملي ـ الغير مستند على نص ـ وبين العرف، ألا ترى أن العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول «فيشمل هذا المجتهدين وغيرهم». والإجماع هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته وعليه يكون العرف أعم من الإجماع وشاملاً له.

ومن ناحية ثالثة، فإن الإجماع الذي لا يستند إلى نص ولا إلى قياس على نص ربما يكون مستنده هو العرف، ألا ترى أن العلماء أوجبوا على المفتي والقاضي أن يراعي أعراف الناس، فلماذا لا يكون العرف هو دليل الإجماع وليس العكس؟

---

(١) راجع مصادر التشريع الإسلامي للمؤلف : ١٥٢ وما بعدها.

* **الوجه الثالث :** يرى المستدل أن العرف يـرجع إلى المصلحة المرسلة فيما لا نص ولا إجماع فيه، وذلـك لأن عدم إعماله فيه حـرج عظيم. ونسلم أن الناس يتعـارفون على مـا فيه مصلحة لهم، ولكـن يجب أن نلاحـظ أن المجتهد سواء أكـان مفتياً أو قاضياً إنما يستنـد إلى العرف في فتواه، فالعـرف دليل على وجود المصلحـة، وإن كانت المصلحة هـي السبب في نشأة العـرف. فيجب أن نفرق بين نشأة العادة وبين كونها دليلاً على الحكم.

وبعبارة أخرى نقول : إن العرف يطلق ويـراد منه اعتياد الناس على عمل معين، ويطلق ويـراد منه العمل نفســه الذي اعتـاد عليه الناس، والمصلحـة هـي الباعث على العمل أي هي أنشأت العمل، والعرف كمصدر هو العمل نفسه وهو الدليل الـذي نستدل به على الحكم. وهو الـدليل الظاهر على أن هـذا الحكم فيه مصلحة وليـس معنى ذلك أن المصلحة هـي الدليل ألا ترى أن تطبيـق أي نص من النصوص يحقـق مصلحة والنص هو الـدليل وليس المصلحة. وهكـذا باقي الأدلة.

* **الوجه الرابع :** يرى المستدل أنه يمكن أن نرد العرف إلى أصل المنافع والمضار، وجرياً على طريقة المستدل، نقول أن أصل المنافع والمضار مدلول عليه بقول الله تعالى: ﴿**خلق لكم مـا في الأرض جميعاً**﴾ وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فليس هو بدليل مستقل، بل هو دليل تابع، فلا يجوز رد العرف إليه بل يمكن رد هـذا الأصل ـ أصـل المنافع والمضار ـــ إلى المصلحة وهنا يـأتي نفس كلامنـا في الوجه الثـالث. أعني أن اعتياد النـاس على عمل ما دليـل على أن هذا العمل نافع لهم فيكون جائزاً.

هذا وقد اعترف أستاذنا الفاضل بهذا المعنـى الذي أشرنا إليه، بقوله: «إن تعامـل الناس أمارة دالـة على وجود هـذه العلة، أي الحاجة، لأن تـداولهم أمراً بحيث يصل إلى حد الاعتيـاد مع قبول الطباع له، دليل على احتيـاجهم إليه وإلا كان عبثاً»(١).

وإذا كان ذلك كذلك، فالدليل عندنـا هو ما يوصل بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعـي قطعاً أو ظنـاً فيشمل الأمـارة. وعلى ذلك فـالعرف دليـل مستقل.

---

(١) العرف والعادة : ٣٥.

وليس معنى ذلك أنه منشىء للحكم بل هو كاشف عنه، فحكم الله قديم وما الأدلة إلا كاشفة، ولعل من منع أنه دليل مستقل نظر إلى أن الدليل منشىء للحكم فمن هنا منع أن يكون العرف منشئاً للحكم ونحن نمنع ذلك أيضاً بل هو كاشف. وعند الجميع يحب اعتباره، يقول ابن عابدين :

والعــــرف في الشرع لــــه اعتبــــار

لــــذا عليــــه الحكــــم قــــد يــــدار

ثانياً : مجال العرف في الشريعة الإسلامية

جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام انتظمت جميع مناحي الحياة، فهناك ما يتعلق بالعبادات، وما يتعلق بالمعاملات، وما يتعلق بالعقوبات، وما يتعلق بالأسرة، وما يتعلق بعلاقة الفرد بالدولة، والأقليات غير الإسلامية.. إلخ.

ومن هنا يتبادر سؤال : ما هو دور العرف بالنسبة لهذه الموضوعات المختلفة؟ وللإجابة عن هذا السؤال نقول: إن العرف له أثره في جميع الموضوعات السابقة لكن يختلف أثره من موضوع لآخر. وبيان ذلك كما يلي:

أولاً : العبادات :

الأحكام الخاصة بالعبادات أحكام تعبدية، لا مجال للعقل في أصلها وكيفيتها. ومن هنا لا يكون للعرف أي دور في تشريع أصل العبادة، أو بيان كيفيتها فيقتصر فيها على ما ورد.

ولكن قد يكون للعرف دور ما في العوارض الطارئة على العبادات غير أن دوره محدود جداً، فلا يعدو أن يكون تفسيراً لنص، أو سبباً في حكم أو مانعاً منه. فإذا نهى الشارع عن كل ما يبطل الصلاة من حركات ليست من جنسها فيأتي دور العرف ليبين نوع وعدد الحركات التي تبطل الصلاة. ثم إن الحيض والنفاس يمنعان من الصلاة وسجود التلاوة ومس المصحف ودخول المسجد والطواف والاعتكاف وقراءة القرآن والصيام إلا أن المرأة تقضيه ولا تقضي الصلاة إجماعاً بين الفقهاء(١) ويجوز صوم يوم الشك لمن له عادة(٢).

---

(١) القوانين الفقهية، لابن جزي : ٤٥.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ٩٤.

ولا يجوز للعادة أن تخالف النص؛ إذ لا عبرة لها في موضع لنص إلا إذا كانت مناطاً لحكم كما بينا سابقاً. ومن هنا عاب الفقهاء على من أفتى بأن السرة إلى موضع نبات الشعر من العانة ليست بعورة لتعامل العمال في الإبداء عن ذلك الموضع عند الإتزار بحجة أن في ترك العادة نوع حرج(١) فأي حرج هذا في ترك هذه العادة وستر ما بين السرة والركبة؟!

مما سبق يتبين لنا أن دور العرف ضعيف جداً في باب العبادات إذ يقتصر دوره كما بينا في الأحكام التي علق الشارع الحكم فيها على ما اعتادته المرأة كما في قول الرسول ﷺ : «إذا أقبلت حيضتك فدعي الصلاة وإذا دبرت فاغسلي عنك الدم وصلي»(٢).

ثانياً: أحكام الأسرة:

أما أحكام الأسرة فمنها ما ليس للعقل فيه مجال، فلا مجال للعرف فيه لا في أصله ولا في عوارضه لأنها من جنسه، ومنها ما للعقل فيه مجال، وللعرف فيه مدخل وإن اختلف أثر العرف فيه من موضوع لآخر.

أما الأول الذي لا مجال للعرف فيه فأحكام المواريث والمحرمات من النساء وعدد الطلقات وما إلى ذلك من أحكام لا أثر للعرف فيها، لأنه لا مجال للعرف في مورد النص إلا أن يكون العرف مفسراً أو مناطاً لحكم.

وأما الثاني الذي للعرف فيه مجال فكتعجيل المهر وتأجيله وكالنفقة، فقد أحال النص على العرف لتقديرهما كما في قول الله تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾**(٣)، وقول الرسول ﷺ لامرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٤).

ويلاحظ أن الأحكام التي للعرف فيها مجال هي تلك الأحكام التي يمكن

---

(١) المرجع السابق: ٩٤.

(٢) رواه البخاري والنسائي المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي: ٣/٣٨٣.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) سبق تخريجه، أنظر ص ٥٨.

أن تتغير من زمـن لآخر ومن إقليم لآخـر ومن أسرة لأخرى غنى أو فقـراً.. أما الأحكام التي لا مجال للعـرف فيها فهي أحكام جامـدة لا تتبدل ولا تتغير ومع جمودها فهي صالحة لكل زمان ومكان. فضلاً عن كونها أحكاماً تعبدية.

ثالثاً : أحكام المعاملات :

والأحكام الخاصة بالمعاملات والتصرفات بين الناس بعضهم ببعض أفراداً وجماعات الأصل فيها الإلتفات إلى المعاني والعبرة بالمقاصد لا بالألفاظ.

والعـرف يلعـب دوراً كبيراً في هـذا النوع مـن الأحكـام اللهـم إلا بعـض الأحكام القليلة فلا مجال للعرف فيها كالبيـوعات المحرمة والاقتراض بالربا إلى غير ذلك مـن الأحكام الجامدة التـي لا مجال لا للعقل ولا للعرف فيهـا، أما غير ذلك فإن مجال العرف هنا أوسع من مجاله في الأقسام السابقة.

رابعاً : أحكام العقوبات :

العقوبات في الفقه الإسلامي نـوعان: النوع الأول منها لا مجال للعقل أو العـرف فيه، إذ هـو خاص بـالأحكام المنصـوص أو المجمع عليهـا كالقصـاص والحدود، والنوع الثاني للعرف فيه مجال فهو خاص بـالأحكام التعزيزية وهي أحكام تتبدل وتتغير بتبدل الأمصار والأعصار كما تتبدل وتتغير بتغير الجريمة وحال فاعلها أو من وقعت عليه.

ثم إن مقدار التعـزيز موكول إلى القـاضي وعليه أن يراعي أحـوال الناس وأعرافهم فيما يعد زجـراً رادعاً تأديباً للنفوس، فمن كان يصلـح له الكلام عزر به ومن كان ينصلح حاله بالضرب أو الحبس أو بهما معاً عُزِّر بما ينصح حاله به، وكل ذلك موكول للعرف.

ونكتفي بما ذكرناه ومن أراد أن يعرف المزيد عن دور العرف في الأحكام الشرعية فعليه بكتب الفقـه وقواعده، فليس غرضنا تتبـع جميع الأحكام، وإنما غرضنـا التنبيه على أن للعرف دوراً مـا في مسائل الفقـه المختلفة وقد يقـل هذا الدور أو يزيد أو ينعدم حسب الأحكام والنصوص الواردة فيها.

ثالثاً: قواعد الفقه الكلية والعرف

تعريف القاعدة:

القاعدة في اللغة أساس الشيء، وأصله(١) سواء أكان ذلك الشيء حسياً أم معنوياً، وقواعد البيت أساسه ودعائمه، ومنه قول الله تبارك وتعالى: **﴿وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت﴾**(٢)، وقوله تعالى: **﴿قد مكر الذين من قبلهم فأتى الله بنيانهم من القواعد﴾**(٣).

وقواعد الإسلام: الأسس التي نبي عليها، وقواعد الشيء ضوابطه التي تحكمه.

أما القاعدة في اصطلاح الفقهاء فهي كما عرفها أبو البقاء الحسيني: «قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها»(٤).

ومنه يتبين أن القاعدة حكم كلي ينطبق على كثير من الجزئيات المتفرقة في أبواب الفقه المختلفة، فهي مختلفة من حيث موضوعها متحدة من حيث الحكم.

وقد تحكم القاعدة مسائل تندرج تحت باب واحد من أبواب الفقه وسيأتي بيان ذلك مع التمثيل لكل نوع منها.

ولقد عني فقهاء المسلمين بدراسة القواعد الفقهية لما يترتب عليها من لم شمل الفروع المتباينة نوعاً المتحدة حكماً، الأمر الذي يسهل معه دراسة هذه المسائل وحفظها ولم شتاتها لإندراجها تحت هذه القواعد الكلية(٥).

ولقد عرفت هذه القواعد منذ عصر الأئمة المجتهدين تدريجياً أخذاً من دلالات النصوص وضوابط الأصول، وتمتاز هذه القواعد بأنها شديدة الإيجاز مع سهولة العبارة الأمر الذي يدل على عناية الفقهاء بها، وتمحيصها حتى

---

(١) المعجم الوسيط: ٧٤٨.

(٢) البقرة: ١٢٧.

(٣) النحل: ٢٦.

(٤) الكليات: ٢/١٠٧، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، نقله الأستاذ أحمد أبو طاهر الخطابي في تمهيده لكتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: ١١٠.

(٥) الفروق للقرافي: ١/٣؛ الأشباه والنظائر للسيوطي: ٧.

وصلت إلينا على هذا النحو من الإيجاز وقوة العبارة وسهولتها(١).

وكل قاعدة من قواعد الفقه قد يرد عليها الاستثناء، ولا غرابة في ذلك فحكمها أغلبي يعني أنها تنطبق على أغلب الفروع لا جميعها، وقد يتردد الفرع بين قاعدتين وقد تكمل إحداهما الأخرى؛ لهذا لا يجوز الاستناد إليها لاستنباط الأحكام بل لابد من الرجوع إلى الأدلة وإن جاز الاستهداء بها مع الأدلة لا منفردة. فهي للتفقه وتذكر الأحكام لا للإستنباط(٢).

ولقد ألفت في القواعد مؤلفات عدة، منها على سبيل المثال الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأبي العباس الونشريسي المالكي، وقواعد ابن رجب الحنبلي، والقوانين الفقهية لابن جزي، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام والفروق للقرافي وغير ذلك.

أنواع القواعد :

إن المتتبع لما كتبه العلماء في المؤلفات الخاصة بقواعد الفقه الكلية يجد أن هذه القواعد نوعان :

الأول : نوع عام جامع لمسائل مختلفة من أبواب الفقه تندرج تحت حكم أغلبي يشملها كقاعدة العادة محكمة، والأمور بمقصادها.

الثاني : نوع خاص جامع لمسائل كثيرة تدخل تحت باب واحد من أبواب الفقه أو عدة أبواب غالباً، لا كل الأبواب كقاعدة: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور».

وكل نوع منهما قد ينقسم إلى قواعد متفق عليها وأخرى مختلف فيها.

العلاقة بين أصول الفقه وقواعد الفقه :

ينبغي علينا قبل أن نبين العلاقة بين أصول الفقه وقواعد الفقه أن نبين ما هو أصول الفقه، وما هي الموضوعات التي يتناولها.

---

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، أ.د. سلام مدكور : ١٨٤.

(٢) مقدمة مجلة الأحكام العدلية.

تعريف أصول الفقه :

إن أصول الفقه هو : «معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها وحال المستفيد»(١) ويفهم من هذا التعريف أن موضوع أصول الفقه هو الأدلة من حيث استنباط الأحكام منها، وهذه الأدلة هي: القرآن والسنة والإجماع والقياس والاستحسان... إلخ وعلى هذا فإن دراسة أصول الفقه تتناول الأدلة وحجيتها وقواعد التفسير اللغوية كالعموم والخصوص والمطلق والمقيد والأمر وإفادته للوجوب والنهي وإفادته للتحريم إلى آخر هذه القواعد.

أما قواعد الفقه فهي كلية يندرج تحتها مسائل مختلفة من أبواب الفقه جميعها أو من باب واحد أو عدة أبواب على معنى أن العلماء نظروا في مسائل الفقه المختلفة نوعاً المتحدة حكماً ووضعوها تحت قاعدة واحدة تجمع شتاتها(٢).

على أن هناك بعض قواعد الفقه شديدة القرب بأدلة أصول الفقه بل هي مستنبطة منها، فمن أدلة الفقه المختلف فيها سد الذرائع وهو شديد الصلة بقاعدة من قواعد الفقه الكلية ألا وهي قاعدة: «مآلات الأفعال مقصودة ومعتبرة» بل إن هناك من يرى أن سد الذرائع ما هو إلا مبدأ من المبادىء التي تندرج تحت قاعدة «مآلات الأفعال»(٣)، وكذلك له علاقة أيضاً بقاعدة: العبرة في العقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني».

وكذلك الحال بالنسبة للعرف، إذ له علاقة بقاعدة العادة محكمة بل هناك من يرى أن العرف ليس دليلاً وإنما هو قاعدة فقهية، كما أن له علاقة بكثير من القواعد المستنبطة من القاعدة السابقة كقاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وقاعدة «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» وقاعدة «تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال» إلى غير ذلك من القواعد التي سوف يأتي الحديث عن بعضها بعد قليل.

---

(١) المنهاج للقاضي البيضاوي : ١/١٣، ١٤.
(٢) الفروق للقرافي : ١/٣.
(٣) الموافقات : ٤/ ١٣٠.

القواعد الفقهية والتقنيات الوضعية الحديث :

يتناول الإسلام الحياة الإنسانية كلها الدينية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية، بل وينتظم حياة غير المسلم من أهل الذمة والعهد أيضاً في حدود لا تتعارض في مظاهرها الخارجية مع الإسلام، وذلك منذ عهد التنزيل، ومروراً بعصر الخلفاء الراشدين والتابعين وأتباعهم. واستمر التشريع الإسلامي متبوئاً عرش القضاء في البلدان الإسلامية ردحاً من الزمن حتى انحسرت دائرة الفقه الإسلامي، فأصبح فقهاً نظرياً بعيداً عن التطبيق العملي، يتناوله الباحثون والطلاب بالدراسة داخل أروقة الجامعات والمدارس وفي حلقات الدروس في المساجد فلم يكن فقهاً عملياً مطبقاً في دور القضاء وذلك منذ عهد الاستعمار، اللهم إلا في المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية والمواريث والوصايا والوقف.

وظل الحال على ذلك حتى بعد الاستقلال إلى أن بدأت الصحوة الإسلامية وبدأت مطالبة المسلمين بتطبيق شرع الله، فصدرت دساتير بعض الدول العربية والإسلامية مقررة أن الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للقانون وصدرت بعد ذلك تقنيات مستمدة من الشريعة الإسلامية وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك وقد بينت بعض هذه التقنيات أن قواعد تفسير نصوص المواد الواردة فيها هي قواعد الفقه وأصوله، فقد جاء في المادة الثانية من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة أنه: «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي» وجاء في المادة الثالثة من مشروع قانون العقوبات في دولة الإمارات العربية المتحدة أنه: «يرجع في تفسير أحكام هذا القانون إلى أصول وقواعد الفقه الإسلامي».

وسارت التشريعات الحديثة في بعض هذه الدول شوطاً أبعد من هذا إذ ضمنت مواد القانون بعض قواعد الفقه وأصوله. فهذا هوالتقنين المدني الأردني يخصص المواد من ٢١٣ إلى ٢٤٠ لبيان تفسير العقود وتتضمن هذه المواد كثيراً من قواعد الفقه وأصوله.

وقد اتبع التقنين المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة نفس الطريق إذ جعل الفصل الثاني من الباب التمهيدي خاصاً ببعض قواعد الفقه وأصوله وذلك في المواد من ٢٩ إلى ٧٠.

ومن بين هـذه القواعـد التي تضمنهـا هذه التشريعـات القواعـد الخاصة بالعـرف والعادة، وسـوف نتناول هنا بعـض هذه القواعـد بالـدراسة محاولين إرجاع هـذه القواعد إلى مصادرهـا والربط بينهـا وبين ما سبق أن ذكرنـاه من ضوابط أو شروط وهذه القواعد هي:

القاعدة الأولى: العادة محكمة عامة كانت أو خاصة:

وردت هـذه القاعـدة في التقنين المدني الأردني في الفقرة الأولى مـن المادة ٢٢٠، كما وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من التقنين المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، كما وردت في المادة ٣٦ من مجلة الأحكام العدلية.

وهي من القواعـد الأساسية التي يرجع إليها جميع مسـائل الفقه باتفاق العلماء(١)، وقد سبق أن أشرنا إلى أن العرف يعتد به في جميع مسائل الفقه.

ومعنى أن العـادة محكمة، أن الشـارع الحكيم اعتبرهـا في بناء الأحكـام عليها، وجعلها علامة أو دليلاً على الأحكام كما حكمها فيما لا نص فيه، ويستند كتاب القـواعد الفقهية على ذلـك بما نسب إلى الرسـول ﷺ من قولـه: «وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسـن» وقد سبق أن أشرنا إلى هذا الحديث وإلى غيره من الأدلة الدالة على حجية العرف.

ونشير هنـا إلى أن كون العـادة محكمـة أي حكمها الشرع إنما يعنـي أن العادة تستمد قـوتها الملزمة من الشرع، وكـان على رجال القانون الـوضعي أن يعيدوا النظر فيما كتبوه عن القوة الملزمة في العرف بعد أن وضعت هذه القاعدة كمادة من مواد التقنين المدني.

كما نشير إلى أن التعبير بـالعـادة إنما يعني أن العـرف والعـادة لفظـان مترادفان وحتى لـو اعتبرنا أحدهما أعم مـن الآخر فإن كلاً منهما لـه تأثيره في بناء الأحكام مـع أن رجال القانون الـوضعي إنما يفرقون بين العـادة الاتفاقية والعرف، ولكن وضـع هذه المادة ضمن مواد التشريع يقتضي ألا يكون هناك فرق بينهما. وعلى رجال القانون أن يدركوا ذلك.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٨٩؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم : ٤٦.

ويترتب على ذلك أن يكون المراد من لفظ العادة هنا العرف بنوعيه اللفظي والعملي، فكل منهما يبين إرادة الناس من ألفاظهم وتصرفاتهم وليس المراد عرف الشرع بل عرف الناس، وهو محكم في اللفظ يخصص عمومه ويقيد مطلقه، ويوضح مجمله، أما إذا كان النص واضحاً فلا يعمل بالعرف إذ التصريح أقوى من الدلالة وسيأتي مزيد شرح لهذا. وكذلك الحال بالنسبة للعرف العملي فهو محكم أيضاً فيما يجري بين الناس من تصرفات.

ثم إن العادة محكمة سواء أكانت عامة أو خاصة، وقد نصت على ذلك المواد القانونية السابقة الذكر، مع أن كتب قواعد الفقه ذكرت القاعدة مجردة مطلقة عن قيد العموم أو الخصوص، ولكن التطبيقات الفقهية التي ذكرها العلماء تفريعاً على هذه القاعدة يفهم منها أن العادة معتبرة سواء أكانت عامة لكل الناس أو كانت خاصة بأهل حرفة معينة أو إقليم معين، المهم أن تكون مجردة عن الأشخاص والذوات.

وجدير بالذكر أن وجود هذه القاعدة في التقنين المدني لا يعني عدم اعتبارها بالنسبة للمسائل الأخرى، فقد سبق أن بينا أن هذه القاعدة من القواعد الأساسية المعتبرة في جميع أبواب الفقه وهذا ما يميز اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية، فمجال العادة في الشريعة أوسع منه في القوانين الوضعية.

القاعدة الثانية : وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت :

وقد وردت هذه القاعدة في الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، والفقرة الثانية من المادة ٢٢٠ من القانون المدني الأردني، غير أن الأخير زاد عبارة (والعبرة للغالب الشائع لا للنادر)، وهذه العبارة الأخيرة وردت في المادة ٤٩ من قانون المعاملات في دولة الإمارات.

وفي الحقيقة أن هذه القاعدة شرط في إعمال القاعدة السابقة، فقد اشترط علماء الشريعة. والقانون في العرف أن يكون مطرداً أو غالباً، فإذا اشترى شخص شيئاً بدراهم وأطلق انصرف إلى نقد البلد الذي تم فيه العقد. أما إذا اضطربت العادة فوجب البيان وإلا بطل العقد(١).

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٩٢؛ وانظر شرح المجلة لعلي حيدر، مادة رقم (٤٢).

القاعدة الثالثة : تترك الحقيقة بدلالة العادة :

وقـد وردت هذه القـاعـدة في الفقـرة الثالثـة مـن المادة ٤٦ مـن قانـون المعاملات المدنية لدولة الإمارات وكذلك الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٠ من القانون المدني الأردني كما وردت في المادة ٣٦ من مجلة الأحكام العدلية.

ويعبر الفقهاء عن هـذه القاعدة بقولهم: تترك الحقيقـة بدلالة الاستعمال. ويفهم منها أن هذه القاعدة خاصة بالعرف اللفظي وعبر عنه بالعادة وهذا دليل آخر على أنهما مترادفان عند الفقهاء.

ومعنى هذه القـاعدة أن اللفظ المستعمل في غير معنـاه الحقيقي، إذا أطلق أريـد به المعنـى العرفي لا الحقيقـي، وأكثـر استعمال هذه القـاعدة في الأعـراف الخاصة بأهل الحرف فلهـم إصلاحات خاصة، وكذلـك الأعراف الإقليمية فإنها معتبرة في بنـاء الأحكام فـإذا اشترى شخص مـن آخر خبـزاً فإنـه ينصرف إلى الخبز المستعمل في مكان العقد ففي مصر ينصرف إلى خبز البر، وفي بلاد الخليج ينصرف إلى الأرز.

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة عندما يستعملون هذه القاعدة في كتب الفروق أو الأشبـاه والنظائر إنما يستعملـونها استعمالاً أعـم مـن المعنى المستعمـل في التقنين المدني فإنها تشمـل عندهـم استعمال العرف الشرعـي في مقابلـة المعنى اللغوي للفظ، واستعمال عـرف الناس في مقابلة المعنى اللغوي أيضـاً، ومن هنا كانت هذه القاعدة مستعملة في باب الأيمان(١). وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك عند الحديث عن مخالفة العرف للنص.

القاعدة الرابعة : استعمال الناس حجة يجب العمل بها :

وردت هذه القاعدة في المادة ٣٧ من مجلـة الأحكام العدلية، كما وردت في التقنين المدني لدولـة الإمارات العـربية المتحـدة في المادة ٤٧ ولم ترد في التقنين الأردني.

وهذه القاعدة خاصة بالعـرف العملي، فما جرى عليه تعامل الناس يجب

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٧؛ والأشباه والنظائر للسيوطي : ٩٣، ٩٤.

أن يكون حجة ملـزمة لهم، فوضع اليد على شيء والتصرف فيـه دليل على الملك ظاهراً، ومعنى ظاهـراً أنه يمكن إثبات عكسه بالأدلة المعارضـة له، ولو استعان شخص بآخـر لشراء شيء ما، ثم طلب المستعـان به أجراً فلينظر إلى تعـامل أهل السوق إن كان له أجر فليأخذ أجر المثل، وإن لم يكن لمثله أجر فلا أجر له(١).

القاعدة الخامسة : الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً :

ولقد وردت هذه القاعـدة في المادة ٤٨ من قانون المعاملات المدنيـة لدولة الإمارات العربية، والمادة ٢٢٣ من التقنين المدني الأردني، كما وردت في المجلة في المادة ٣٧. وهذه القاعدة تدل على نوع من أنواع العرف ألا وهو العرف السلبي، أعني به اطراد العدم أو إطراد العمـل بترك شيء، ويترتب على هذه القاعدة أن ما استحال عادةً وجوده لا تسمع فيه الدعوى.

فإذا مـا ادعى من عـرف بالفقر على مـن عرف بـالغني أنه استـدان منه مبلغاً لا تجوز العادة وقوع مثله لا تسمع فيه الدعوى(٢).

القاعدة السادسة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً :

ومعنى هذه القاعدة أن ما ثبت عـن طريق العرف يكون كالشرط في نص العقد، ولهذا يعبر عـن هذه القـاعدة البعـض بقولـه: التعيين بالعـرف كالتعيين بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

ومن الغريب أن التقنين المدني لـدولة الإمارات، والتقنين المدني الأردني لم يجعلان هذه العبارات مترادفة وإنما أفردا لها مـواد مستقلة. تبعاً لمجلة الأحكام العدلية(٣).

ويمكن التمثيل لهذه القاعدة بـالأعيان المؤجرة والمستعارة التي لم يبين في العقد كيفية الإنتفاع بها فإن ذلك يتعين بالعرف.

ويلاحظ أن هذه القـواعد كلها مستمدة من القاعـدة الأم «العادة محكمة»

---

(١) راجع شرح المجلة، لعلي حيدر، المادة (٣٧).

(٢) شرح المجلة، لعلي حيدر. أنظر المادة رقم (٣٨).

(٣) راجع المواد (٥٠)، (٥١) من قانون المعاملات لدولة الإمارات والمواد (٢٠٤)، (٢٢٥)، (٢٢٦) من القانون المدني الأردني، والمواد (٤٣)، (٤٥) من المجلة.

فهي قاعدة عامة تحكم نواع العرف المختلفة، أما القواعد التالية لها فإن كلاً منها يحكم نوعاً من الأنواع.

القاعدة السابعة : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان :

وهذه القاعدة لم تذكر في التقنيات المدنية الحديثة، وإنما ذكرها الفقهاء في كتبهم، ومعناها أن الأحكام التي يكون مبناها على العرف تتغير بتغير العرف الذي بنيت عليه، وذلك تطبيقاً لقاعدة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً، ولهذا يرى الفقهاء أن من شروط الاجتهاد أنه لابد من معرفة عادات الناس.

وتطبيقاً لهذه القاعدة أنه إذا جرى العرف بدفع الصداق كله كاملاً قبل الدخول فإنه يعمل به، فإذا ما ادعت بعد الدخول أنها لم تقبض صداقها وادعى الزوج أنه دفع الصداق، فإنه يصدق الزوج عملاً بالعرف اللهم إلا إذا استطاعت إثبات دعواها، فإذا تغير العرف بعد ذلك وأصبح الصداق بدفع بعضه معجلاً والبعض الآخر مؤجلاً فيعمل بالعرف الطارىء ويلغي العرف القديم.

وكذلك الحال إذا كان هناك نص شرعي مبني على العرف فإنه يراعي فيه، كما في ضوال الإبل إذ كانت تترك وشأنها أيام الرسول ﷺ وسار على ذلك أبو بكر وعمر تطبيقاً لقول الرسول ﷺ لمن سأل عنها. «مالك ومالها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»(١) فمنع الرسول ﷺ من التقاطها. إذ كان الغالب على الناس الصلاح والتقوى فلا تمتد يد إلى ما ليس ملكاً لها، ولكن لما جاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أمر بالتقاطها وتعريفها وبيعها ووضع ثمنها في بيت المال حتى يحضر ربها فيأخذ ثمنها، وقد أفتى بذلك لما رآه من فساد الزمان وامتداد الأيدي إلى ما ليس ملكاً لها.

ولا يقال إن عثمان رضي الله عنه قد عطل نص رسول الله ﷺ وإنما هو قد طبق روح النص مراعياً في ذلك صلاح الناس وفسادها إذ أن منع الرسول ﷺ من التقاطها معلل بأن أيدي الناس لا تمتد إليهم، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فإذا فسد الزمان وامتدت أيدي الناس إليها بغير حق فلابد وأن

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني : ٦/ ٨٩، ٩٠. والحديث متفق عليه.

يتغير الحكم فيجب بيعها وتعريفها ووضع ثمنها لصاحبها وهو ما فعله عثمان رضي الله تعالى عنـه، وقس على ذلك كل حكـم ارتبط بالعرف إرتبـاطاً ما إذ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأعراف.

وبعد فهذا جهد المقـل، وما قصدت إلا وجه الله تعالى فـإن وفقت ففضل مـن الله ونعمـةٌ، وإن كـانت الأخـرى فحسبـي أني امـرىء يخطىء ويصيـب والكمال لله وحـده سبحانـه وتعالى، لـه الحمد في الأولى والآخـرة، عليه تـوكلت وإليـه أنيب، وصلى اللـه على سيـدنا محمـد المبعـوث رحمة للعالمين وعلى آلـه وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

المراجع

أولاً : كتب التفسير :

١ ـ أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص.
٢ ـ أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بكر عبد الله بن العربي.
٣ ـ التفسير الكبير، للإمام فخر الدين الرازي.
٤ ـ جامع البيان في تفسير القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري.

ثانياً : كتب الحديث :

١ ـ إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني.
٢ ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني.
٣ ـ صحيح مسلم بشرح النووي.
٤ ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني.
٥ ـ المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي.

ثالثاً : كتب اللغة :

١ ـ المعجم الوسيط، الصادر عن مجمع اللغة العربية.
٢ ـ لسان العرب.
٣ ـ القاموس المحيط.
٤ ـ المورد (قاموس انجليزي ـ عربي).

رابعاً : كتب الأصول :

١ ـ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني.
٢ ـ أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي.
٣ ـ الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري.

٤ ـ الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين ابن الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي.
٥ ـ البرهان في أصول الفقه، لأبي المعالي عبد الله بن عبد الله بن يوسف الجويني الملقب بإمام الحرمين.
٦ ـ المستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي.
٧ ـ المسودة، لآل تيمية.
٨ ـ المعتمد، لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري.
٩ ـ شرح المنار وحواشيه، لعز الدين بن عبد العزيز بن مالك.
١٠ـ شرح طلعة الشمس على الألفية، لأبي محمد عبد الله بن حميد السلمي.
١١ـ فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين.
١٢ـ كشف الأسرار على أصول البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري.
١٣ـ مختصر المنتهى، لابن الحاجب المالكي.
١٤ـ منها الوصول إلى علم الأصول، للقاضي البيضاوي؛ مع شرح الأسنوي، لعبد الحليم الأسنوي.
١٥ـ العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة.
١٦ـ أثر العرف في التشريع الإسلامي، للدكتور السيد صالح عوض.
١٧ـ نظرية العرف، عبد العزيز الخياط.
١٨ـ رسائل إبن عابدين، محمد أمين.

خامساً : كتب قواعد الفقه :

١ ـ الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي.
٢ ـ الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم.
٣ ـ الفروق، لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس ـ المشهور بالقرافي.
٤ ـ إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي.
٥ ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ـ المعروف بسلطان العلماء.

سادساً : كتب الفقه :

١ ـ الشرح الصغير على أقرب المسالك إل مذهب مالك، لأبي البركات إبن محمد بن أحمد الدردير.

٢ ـ المغني لابن قدامة، لأبي محمد بن عبد الله أحمد بن قدامة.

٣ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني.

٤ ـ حاشية قليوبي وعميرة، لشهاب الدين بن سلامة القليوبي، وشهاب الدين أحمد البرلسي.

٥ ـ المدخل الفقهي، لمصطفى الزرقا.

سابعاً : كتب القانون :

١ ـ المدخل للقانون، أ. د. عبد المنعم البدراوي وآرين.

٢ ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية، أ. د. عبد الحي حجازي.

٣ ـ النظرية العامة للقانون، أ. د. سمير السيد تناغوا.

٤ ـ المدخل للقانون، أ. د. حسن كيرة.

٥ ـ النظم السياسية والقانون الدستوري، أ. د. فؤاد العطار.

٦ ـ قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، أ. د. فتحي عبد الرحيم.

٧ ـ القواعد العامة لقانون العقوبات، أ. د. عبد الرؤوف مهدي.

٨ ـ العرف كمصدر للقانون الإداري، أ. د. بكر القباني.

٩ ـ نظرية القانون، أ. د. منصور مصطفى منصور.

١٠ـ نظرية الدولة، أ. د. طعيمة الجرف.

١١ـ القانون المقارن، أ. د. شفيق شحاته.